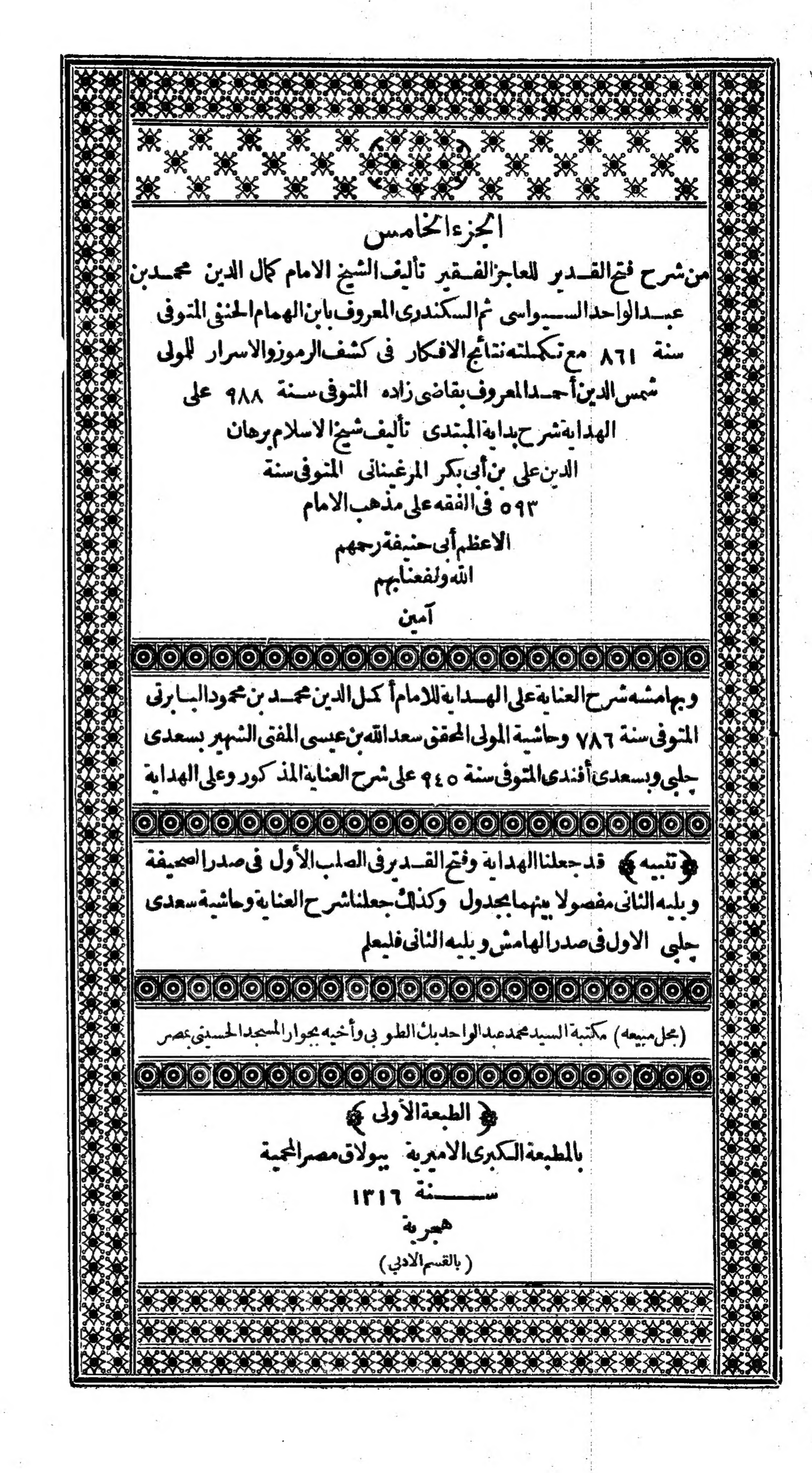


الجزء الخامس

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على الهداية شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة رحمهم الله ونفعنا بهم

آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الأول في صدر الصحيفة ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

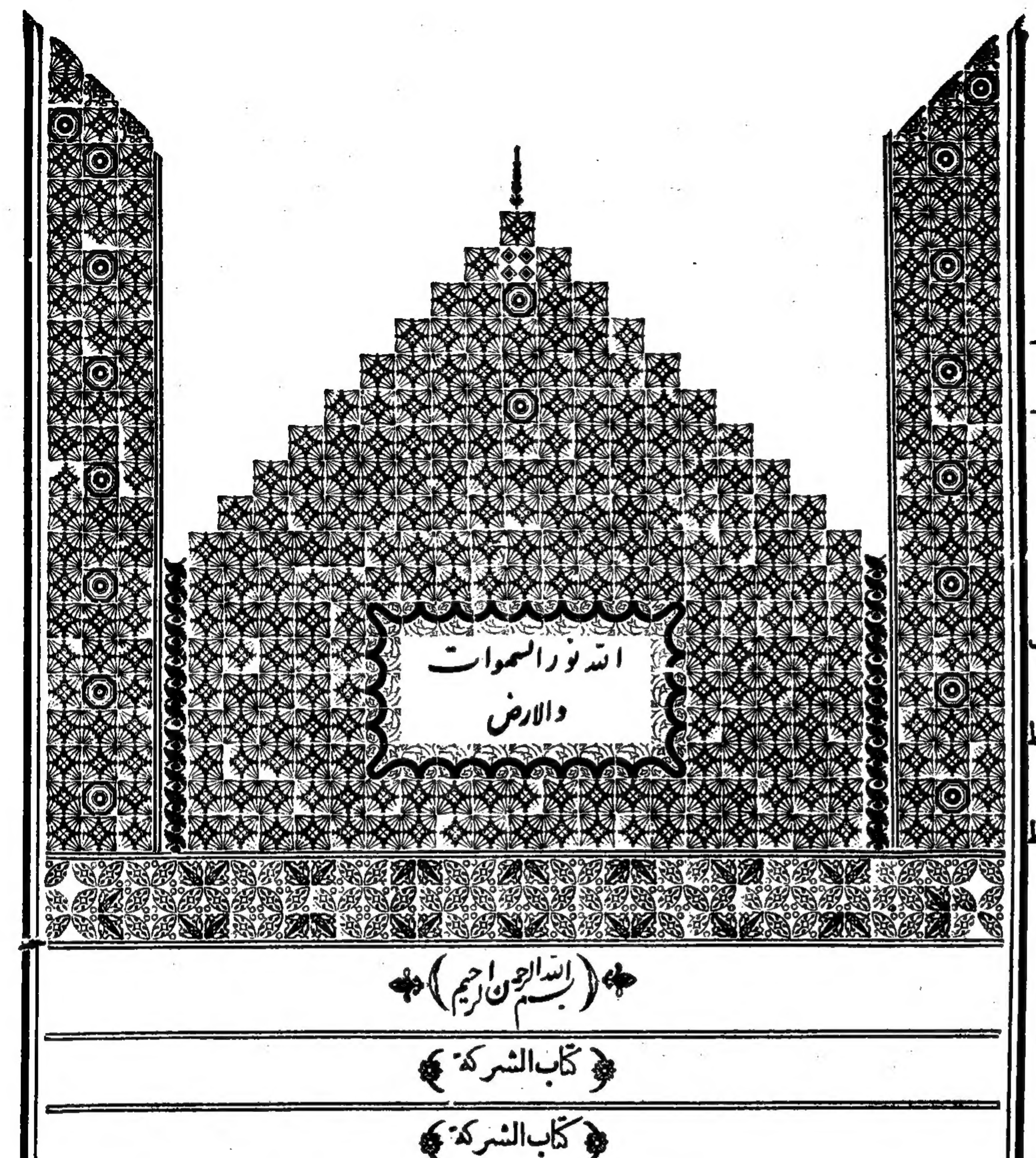
(الطبعة الأولى)

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٦

هجرية

(بالقسم الادبي)



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة

كتاب الشركة

هو باسكان الراء فى المعروف أورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال أحدهما أمانة فى يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود كما لومات مورثه وله وارث آخر والمفقود حى وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة فيهما وفى الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها اوأولاه الاباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق وكأن بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لأن المال على عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة فى تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لايتميز أحدهما وماقيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط وأما الاختلاط فصفة تثبت للمال عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولايظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف فى فيقال اشتركا فى المال أى حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه أى تعلق به اشتراكهما أى خلطهما وركنها فى شركة العين اختلاطهما وفى شركة العقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيل شركة العقد

بالاضافة

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب المارة انساقت الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث إن نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين فى الشركة ذكرها عقيبه وهى عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لايعرف أحد النصيبين من الآخر ثم سمى العقد الخاص بها وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له

كتاب الشركة

قوله وهى عبارة عن اختلاط (نصيبين الخ) أقول فيه تسامح فان الاختلاط صفة النصيب والشركة صفة صاحب النصيب

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال (الشركة
ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا يجوز
لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما فى نصيب صاحبه كالاجنبى) وهذه
الشركة تتحقق فى غير المذكور فى الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما
من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

بالاضافة فهى اضافة بيانية (قوله الشركة جائزة الى آخره) قيل شرعيتها بالكتاب والسنة
والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء فى الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلى
الذى هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء أى من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما
مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام اخبارا للخصمين عن شريعته اذ ذاك فلا يلزم استمراره
فى شريعتنا وأما السنة فما فى أبى داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبى السائب أنه قال للنبى
صلى الله عليه وسلم كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارئ ولا تمارى وروى أحمد
ابن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب أن النبى صلى الله عليه وسلم
شاركه قبل الاسلام فى التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا بأخى وشريكى
كان لا يدارئ ولا يمارى يا سائب قد كنت تعمل أعمالا فى الجاهلية لا تقبل منك وهى اليوم تقبل منك
وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صيفى بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلى فيه انه
كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه
عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شئ ولا تقوم به حجة انما يصح اذا أراد الحجة فى تعيين
الشريك من كان أما غرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم
الحربى فى كتابه غريب الحديث يدارئ مهموز فى الحديث أى يدافع ثم ايراد المشايخ هذا انما يفيد أن
الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل أعنى أنه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء
الثانى ما فى أبى داود ومستدرك الحاكم عن أبى هريرة رضى الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله
تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان
وضعفه القطان بجهالة والد أبى حيان وهو سعيد فان الرواية عن أبى حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان
ورواه غيره عن أبى حيان مرسلا و رواه الدارقطنى يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا
خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتا مما به ثبوتها من هذا
الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبى صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه
الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة
ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها) وظاهر هذا
الحمل من القدورى القصر فذكر المصنف أنها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا أو ملكاها
بالاستيلاء بأن استوليا على مال حربى يملك ماله بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما
بأن انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما أو اختلط بخلطهما خلطا يمنع التميز كالحنطة بالحنطة
أو يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا أن بعضهم ذكر من شركة الاملاك الشركة
فى الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعى لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولذا جاز هبته ممن عليه وقد
يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه
من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى أحدهما شيأ كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ
وليس له أن يقول هذا الذى أخذته حصتى وما بقى على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضا أن

والشركة جائزة لان النبى
عليه الصلاة والسلام بعث
والناس يتعاملون بها فقررهم
عليه وتعاملها الناس من
لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم الى يومنا هذا من غير
نكير منكر وهى على ضربين
شركة أملاك وشركة عقود
وكلامه ظاهر

قال المصنف (فشركة
الاملاك العين) أقول أى
شركة العين فالمضاف مقدر
قال المصنف (يرثها رجلان
أو يشتريانها) أقول قوله
يرثها صفة العين كما فى قوله
تعالى كمثل الحمار يحمل
أسفارا

قوله ابن خثيم بضم الخاء
كما فى أسماء الرجال لابن حجر
اه

خلطا يمنع التمييز رأسا أو الا بحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه فى جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا فى صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى (والضرب الثانى شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت)

يعطيه شيأ على أنه قضاء وأخر الآخر قالوا والحيلة فى اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن يتصرف فى نصيب شريكه الا بأمره لان كلا منهما فى نصيب الآخر كالاجنبى عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وانه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك فى جميع الصور (و) أما (من غير الشريك فيجوز بغير اذنه فى جميع الصور الا فى صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز) بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك (الا باذن الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار اليه فى الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبى بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الاسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك فى حق البيع من الاجنبى غير زائل فى حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وأيضا فالزوال الى الخالط عينا لا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك الآخر عند البيع من الاجنبى بل المترتب عليه اعتباره زائلا الى الشريك الخالط عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك فى البيع من الاجنبى بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبى وانما قلنا ان تمام السبب التعدى لان الخلط لا يظهر أثره فى ذلك وانما يتبين به أى تعد هو السبب فى زوال الملك فى هذا المال فيقال التعدى فى خلطه (قوله والضرب الثانى شركة العقود وركنها الايجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت) أى فى كذا من المال وفى كذا من التجارات البزازية أو البقالية فى العنان أو فى كل مالى ومالك وهما متساويان وفى جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر فى المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتى وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ولهذا لو دفع ألفا الى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر أو أخذها وفعل انعقدت الشركة ويندب الاشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الامانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله فى أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا أن بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سنذكر فان كانا شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك فى يوم كذا فى شهر كذا وانما يكتب التاريخ كى لا يدعى أحدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل

وقوله (خلطا يمنع التمييز رأسا كخلط الحنطة بالحنطة أو الا بحرج كخلطها بالشعير وقوله (فانه لا يجوز) يعنى البيع (من الاجنبى) الا باذن شريكه وقوله (وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى) قيل الفرق أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك فى حق البيع من الاجنبى غير زائل فى حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين

هذا

وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

أي متساوين

هذا التاريخ (قوله وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معمولا للمعقود وكل صور عقود الشركة يتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أي حكم عقد الشركة (المطلوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وأصيلا في النصف الآخر لا يكون المستفاد مشتركا كاختصاص المشتري بالمشترى واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب (قوله ثم هي) أي شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) قيل في وجه الحصر ان العقد إما أن يذكر فيه مال أولا وفي الذكر إما أن تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره أولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال (اما) أن يشترط العمل في مال الغير أولا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان ان شاء الله تعالى (قوله فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما) ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما انه وكيل عنه (لانها شركة عامة) يفوض كل منهما الى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان التفويض الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذ هي من المساواة تساهل لانهما مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعده

اذا تولى سراة الناس أمرهم * نما على ذاك أمر القوم وازدادوا

وقيل بعده

تهدى الامور بأهل الرأي ما صلحت * فان تولت فبالجهال ينقادوا

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب والسري فعيل جمع على فعلة بالتحريك وأصله سروة تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار سراة وأصل سري سريو

وقوله (قابلا للوكالة) احترازعن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصا لا على وجه الاشتراك أي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه) أي من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا أن يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي أربعة أوجه ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد أولا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأسه وربحه أولا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان يشترط العمل فيما بينهما في مال الغير أولا فالاول الصنائع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين تحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسري

وقوله فلا بدمن تحقق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ماذكر من مأخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولايه الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفى ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا فى الانتهاء (وقوله وذلك) أى تحقق المساواة فى المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة مالم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانفراده فاسد) أى كل من الوكالة والكفالة فى المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف فى ماله أجيب بأن العموم ليس بمراد ههنا فانه لا تثبت الوكالة فى حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز

قال المصنف (وكذا فى التصرف) أقول عطف على قوله وذلك فى المال قال المصنف (وكذلك فى الدين) أقول عطف على قوله وذلك فى المال (قوله لما نبين ان شاء الله تعالى) أقول اشارة الى قوله ولا بين المسلم والكافر قال المصنف (وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة) أقول قال فى الكافى وهو تناقض لأنه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذ لا تصديق بلا تصور ورد هذا بان قوله لا أدرى ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فى المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا فى التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملك الآخر لفات التساوى وكذلك فى الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفى القياس لا تجوز وهو قول الشافعى وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه أعظم للبركة

اجتمعتا وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت فى الياء وسيأتى وجه المساواة (فلا بد من تحقق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أى فى مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت فى المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشترى فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشتريا بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففى القياس تفسد المفاوضة وفى الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف مالم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللآخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما ألف وللآخر مائة دينار وقيمتهما ألف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذى يلزم فيه التساوى ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى أن يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوى فى التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوى وكذا فى الدين لما نبين عن قريب (قوله وهذه الشركة جائزة فى قول أصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعى رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة) وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذى ذكرتموه فى الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكى عن أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهى أن يفوض كل منهما الى الآخر التصرف فى غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوى فى المالين وممن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبى وابن سيرين ذكره الشيخ أبو بكر الرازى (وجه) قولهما وهو وجه (القياس أنها تضمنت الوكالة) بشراء (بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد) ولو قال وكلتك بشراء عبد أو ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك فى مالى اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل فى شراء طعام أهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما (ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فانه أعظم للبركة) أى ان عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله صلى الله عليه وسلم اذا فاوضتم

فاحسنوا